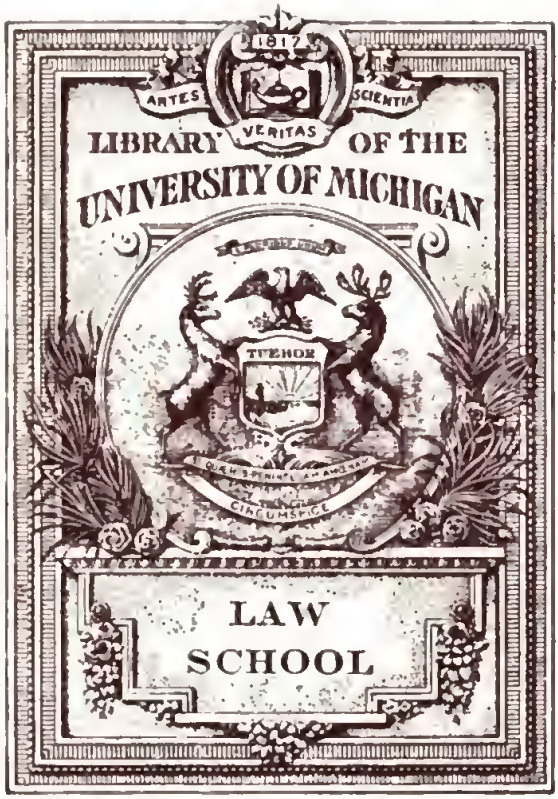
LAW LIBRARY
FL8
A9.9
U57s
1889

FL8
A9.9
U57s
1889



Digitized by Google

Schuldübernahme.

Fragment

aus einem

System des österreichischen Obligationenrechtes

von

Joseph Unger.

Wien, 1889.
Alfred Hölder
k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler
I. Rothenthurmstraße 15.

Alle Rechte vorbehalten.

Druck von Friedrich Jasper in Wien.

Digitized by Google

Bernhard Windscheid

zum

fünfzigjährigen Doctorjubiläum.

Vorwort.

Die Lehre von der Schuldübernahme ist, wie auf dem Gebiete des gemeinen Rechts, so auch auf dem Boden des österreichischen Rechts eine schwierige und bestrittene. In Theorie und Praxis wird vielfach angenommen, daß das österreichische bürgerliche Gesetzbuch in den §§. 1344. 1345. 1400 fg. die Sondernachfolge in die Schuld anerkenne und regle. Ich halte diese Annahme für unrichtig, bin aber gleichwohl der Ansicht, daß es auch nach österreichischem Rechte eine Singularsuccession in die Schuld gibt, und daß insbesondere die Uebernahme von Hypothekarschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis als Schuldübernahme mittelst Succession aufzufassen und zu behandeln ist.

Krauss 1-14-37

Es wird daher wohl nicht als unbescheiden befunden werden, wenn ich dieses kleine Fragment, welches zugleich eine Kritik der Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich über die Schuldübernahme (§§. 314 ... 318) enthält, nicht wie sonst in einer Zeitschrift erscheinen lasse, sondern selbstständig veröffentliche: es wird dadurch einem größeren Leserkreise zugänglich, dem es vielleicht erwünscht sein mag, davon Kenntniß zu nehmen.

Es ist mein eifriges Bestreben, falls meine Kräfte ausreichen, diese Fragmente zu einem Ganzen zu vervollständigen und hiemit wenigstens noch einen Theil der wissenschaftlichen Aufgabe zu vollbringen, welche ich in jungen Jahren kühnen Muthes unternommen habe und an deren vollständiger Erfüllung mannigfache Lebensschicksale mich verhindert haben.

128274

Man kann eine fremde Schuld in verschiedenem Sinne und mit verschiedener rechtlicher Wirkung übernehmen.[1] Die Schuld kann in der Absicht und mit dem Erfolge übernommen werden, daß der bisherige Schuldner von seiner Schuld befreit und der Uebernehmer an seiner Stelle Schuldner wird. Eine Schuld kann ferner in der Weise übernommen werden, daß der bisherige Schuldner in dem obligatorischen Verbande verbleibt und der Uebernehmer als neuer Schuldner hinzukommt, der mit oder neben dem ursprünglichen Schuldner haftet. Eine Schuld kann endlich in der Art übernommen werden, daß nicht eigentlich die Schuld selbst, sondern nur deren Zahlung (Erfüllung)[2] übernommen wird. Im ersten Falle ist privative Schuldübernahme, im zweiten Falle cumulative Schuldübernahme, im letzten Falle Zahlungsübernahme (Erfüllungsübernahme) vorhanden.

Von der cumulativen Schuldübernahme, welche theils als vertragsmäßiger Beitritt zu einer einzelnen Schuld (§§. 1344. 1347)[3], theils als rechtliche Folge der Uebernahme eines ganzen Vermögenscomplexes (vgl. §. 1282)[4] erscheint, wird in anderem Zusammenhange die Rede sein: hier soll nur von der privativen Schuldübernahme und von der Zahlungsübernahme gehandelt werden.

I. Privative Schuldübernahme ist Substitution eines neuen Schuldners an Stelle des ursprünglichen Schuldners, welcher hiemit von seiner Verbindlichkeit frei wird. Diese Substitution kann auf doppelte Weise erfolgen, entweder durch Substituirung einer neuen Obligation des neuen Schuldners an Stelle der alten hiedurch aufgehobenen Obligation, oder durch Eintritt

des neuen Schuldners in das fortdauernde Schuldverhältniß, aus welchem der bisherige Schuldner ausscheidet: im ersteren Falle ist Novation der ursprünglichen Obligation, im letzteren Falle Succession in dieselbe vorhanden.

1. Findet die Substitution eines neuen Schuldners durch Substitution einer neuen Obligation statt, so geht die alte Schuld nicht über, sondern unter: der neue Schuldner haftet nicht aus der alten Obligation, sondern aus seinem selbständigen novirenden Versprechen. In wirthschaftlicher Beziehung ist zwar die neue Schuld identisch mit der alten Schuld, nicht aber vom rechtlichen Standpunkte aus. Man kann daher in diesem Falle nur im uneigentlichen Sinne von einer Schuldübernahme sprechen (unechte Schuldübernahme). Der neue Schuldner nimmt nicht die alte Schuld, sondern in der Absicht und mit der Wirkung der Befreiung des alten Schuldners eine neue Schuld auf sich und tritt somit auch nur auf einem Umwege und nur dem praktischen und ökonomischen Effecte nach an die Stelle des alten Schuldners. In solchem Falle findet nicht blos Wechsel des Schuldners, sondern Wechsel der Schuldverbindlichkeit statt und der Wechsel des Schuldners wird nur mittelbar durch Wechsel der Schuld selbst herbeigeführt (mittelbare, indirecte Schuldübernahme). Das rechtliche Fundament des Anspruchs des Gläubigers gegen den neuen Schuldner ist daher nicht das alte Schuldverhältniß, sondern die neue Obligation. Die Klage gegen ihn ist nicht die Darlehens- oder Kaufschillingsklage, welche gegen den ursprünglichen Schuldner begründet war, sondern die Stipulationsklage aus dem Novationsversprechen.

Diese indirecte Schuldübernahme[5] mittelst Novation[6] ist es, welche das bürgerliche Gesetzbuch[7] in Uebereinstimmung mit der älteren gemeinrechtlichen Theorie[8] in den §§. 1344. 1345[9] und 1407[10] im Auge hat, während es in den §§. 1400 fg. von der Assignation (Zahlungsanweisung) handelt,[11] welche ihrem Wesen nach von der Schuldübernahme völlig verschieden ist und mit ihr daher nicht identificirt werden darf.[12]

Eine Schuldübernahme dieser Art ist aber nur dann anzunehmen, wenn das neue Versprechen keinen Bezug nimmt auf

die alte Schuld, ſondern einen davon ganz unabhängigen und ſelbſtändigen Inhalt hat,[13] insbeſondere wenn es ſchlechthin auf eine beſtimmte Geldſumme lautet.[14] Nimmt dagegen das neue Verſprechen die alte Schuld in ſich auf, verſpricht der neue Schuldner nur dasjenige zu leiſten, was von dem urſprünglichen Schuldner geſchuldet wird, ſo findet im heutigen Recht[15] nicht Schuldübernahme mittelſt Novation, ſondern Schuldübernahme mittelſt Succeſſion (Text Nr. 2) ſtatt.[16]

Das Novationsverſprechen kann ohne Wiſſen und ſelbſt gegen den Willen des bisherigen Schuldners[17] oder auf Weiſung desſelben gegeben werden: im erſteren Falle iſt Expromiſſion (im engeren Sinne)[18] im letzteren Falle Delegation vorhanden. Die Delegation, welche durch das Zuſammenwirken des alten Schuldners (Delegant), des Gläubigers (Delegatar) und des künftigen neuen Schuldners (Delegat) zu Stande kommt[19] und in dieſer Anwendung als Unterart der Novation erſcheint, führt jedoch nur dann zu der Aufhebung der alten Obligation und zu deren Erſetzung durch die neue, wenn der Gläubiger ausdrücklich oder durch concludente Handlung den Willen erklärt, den alten Schuldner frei zu geben[20] und anſtatt desſelben den neuen Schuldner anzunehmen (§. 1407).[21] Mangelt es an der Kundgebung dieſes Willens (animus novandi), ſo tritt die neue Obligation zu der urſprünglichen beſtärkend (acceſſoriſch) hinzu:[22] der neue Schuldner haftet neben dem alten Schuldner[23] und erſt durch die Erfüllung der einen Obligation wird auch die andere aufgehoben.

Den Delegaten geht das alte Schuldverhältniß zwiſchen dem Deleganten und dem Delegatar nichts an; der Delegatar dagegen hat ſich um das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Deleganten und dem Delegaten nicht zu kümmern. Der Delegat kann daher dem Delegatar die Einreden nicht entgegenſetzen, welche dem urſprünglichen Schuldner (dem Deleganten) gegen denſelben zuſtanden.[24] Ebenſowenig kann der Delegat,[25] der als Schuldner des Deleganten[26] eine Schuld desſelben übernommen hat und hiedurch von ſeiner eigenen Schuld an denſelben befreit wird,[27] ſeinem neuen Gläubiger (dem Delegatar) die Einreden entgegenſetzen,

welche ihm gegen seinen früheren Gläubiger (den Delegauten) zustanden.[28]

Mit der durch Novation aufgehobenen Obligation gehen alle Nebenrechte derselben unter (vgl. §. 1378).[29]

2. Es ist aber an sich auch denkbar, daß eine fremde Schuld von einem neuen Schuldner direct (unmittelbar) übernommen wird, indem zum Zweck der Uebernahme der alten Schuld nicht eine neue Schuld begründet, sondern die alte Schuld selbst auf den neuen Schuldner übertragen wird (echte Schuldübernahme). In diesem Falle geht die alte Schuld nicht unter, sondern über: es findet nicht ein Wechsel der Schuld, sondern nur ein Wechsel in der Person des Schuldners statt, indem der neue Schuldner in das objectiv fortdauernde Schuldverhältniß an Stelle des ausscheidenden Schuldners eintritt, ebenso wie im Fall des Erbganges der Erbe in die Schuld des Erblassers nachfolgt (Schuldübernahme mittelst Succession). Während bei der Schuldübernahme mittelst Novation eine neue Obligation entsteht und in der Person des neuen Schuldners eine neue Verpflichtung begründet wird (originäre Schuld), wird bei der Schuldübernahme mittelst Succession die ursprüngliche Verpflichtung von dem alten Schuldner abgeleitet und auf den neuen Schuldner hinübergeleitet (derivative Schuld). Die Forderung des Gläubigers bleibt dieselbe, sie nimmt nur die Richtung gegen eine andere Person. Die Klage des Gläubigers gegen den succedirenden Schuldübernehmer ist daher die Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältniß (Darlehen, Kauf), nur daß zur Substantiirung derselben noch der Nachweis des Ueberganges der Schuld von dem alten Schuldner auf den Beklagten erforderlich ist (Passivlegitimation).

Eine solche Schuldübernahme mittelst Succession ist dem römischen Rechte fremd geblieben, welches an der Höchstpersönlichkeit des obligatorischen Nexus festgehalten hat. Das heutige Recht hat das Dogma von der Unübertragbarkeit der Obligationen aufgegeben. Ist es nun möglich, daß die Obligation dieselbe bleibt, obgleich ein Wechsel in der Person des Gläubigers eintritt, so muß auch ein Wechsel in der Person des Schuldners möglich

sein, ohne die Obligation zu zerstören. Die Zulässigkeit der Uebertragung der Forderung führt consequent zur Zulässigkeit der Uebertragung der Schuld, wenngleich die letztere sich nicht ohne Zustimmung des Gläubigers vollziehen kann, da zwar dem Schuldner die Person des Gläubigers in der Regel gleichgiltig sein kann, nicht aber dem Gläubiger die Person des Schuldners, auf dessen individuelle ökonomische Leistungsfähigkeit es gerade ankömmt. In der Anerkennung der Schuldübernahme mittelst Succession liegt daher eine echte und gesunde Fortbildung des Rechts.[30] Das bürgerliche Gesetzbuch (§§. 1344. 1345. 1407) beschäftigt sich zwar nur mit der Schuldübernahme mittelst Novation, aber es erklärt anderseits auch nicht, daß eine Schuldübernahme mittelst Succession unmöglich oder unstatthaft sei. Der Mangel der gesetzlichen Regelung der directen Schuldübernahme vermag daher Theorie und Praxis nicht zu hindern, in diesen wie in anderen Fällen die Lücke auszufüllen und praeter legem einen Rechtsvorgang principiell anzuerkennen und praktisch auszugestalten, welcher in den meisten Fällen der Absicht der Parteien entspricht und ein wirklich vorhandenes Bedürfniß befriedigt.[31]

Der Schuldübergang kann bewerkstelligt werden durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer, welcher auf das Einrücken des Letzteren an die Stelle des hiemit ausgeschiedenen ursprünglichen Schuldners gerichtet ist und somit den unmittelbaren Uebergang der Schuld zu seinem Gegenstand und Inhalt hat.[32] Ein solcher Schuldübernahmevertrag ist nicht nur dann vorhanden, wenn man dem acceptirenden Gläubiger geradezu erklärt, daß man die fremde Schuld »übernehme«, sondern auch wenn man demselben das von einem Andern Geschuldete an dessen Stelle zu leisten verspricht.[33] Der Uebernehmer kann hiebei ohne Wissen und selbst gegen den Willen des bisherigen Schuldners oder auf Weisung desselben handeln.[34] Der Grund, welcher den Uebernehmer zur Uebernahme bestimmt, kann der verschiedensten Art sein: der Uebernehmer kann die Absicht haben, dem Schuldner zu schenken, zu creditiren, Vorschuß zu leisten oder eine eigene Schuld an ihn hiemit zu tilgen (Schuldübernahme an Zahlungs-

ſtatt).[35] Ein praktiſch wichtiger Fall dieſer Art iſt die Vereinbarung zwiſchen einem Hypothekargläubiger und dem Erſteher einer im Executionswege feilgebotenen Liegenſchaft, wonach derſelbe die Hypothekarſchuld in Anrechnung auf den Kaufpreis (das Meiſtgebot) übernimmt.[36]

Schuldübernahme kann aber auch den unmittelbaren Gegenſtand und Inhalt eines Vertrages zwiſchen dem Schuldner und dem Uebernehmer bilden. Die Abſicht der Parteien iſt hiebei darauf gerichtet, daß der Uebernehmer dem urſprünglichen Schuldner die Schuld abnehme und ihn hiemit von dem obligatoriſchen Bande befreie. Der neue Schuldner ſoll an Statt des alten Schuldners, nicht mit oder neben ihm haften.[37] Dieſe Abtretung der Schuld (paſſive Ceſſion) iſt ein Seitenſtück zur Abtretung der Forderung (active Ceſſion). Da aber dem Gläubiger ohne ſeinen Willen ein anderer Schuldner nicht aufgedrungen werden kann, ſo iſt zur Giltigkeit der Schuldabtretung die Zuſtimmung des Gläubigers erforderlich: der Schuldübergang kann nur durch die Einwilligung der drei betheiligten Perſonen zu Stande kommen.[38] Die Zuſtimmung des Gläubigers, deren Beſchaffung in der Regel Sache des Uebernehmers iſt, kann vorher gleichzeitig oder nachfolgend, ausdrücklich oder durch concludente Handlungen erklärt werden. Der Gläubiger iſt aber nicht berechtigt, den Uebernehmer als neuen Schuldner anzunehmen und daneben den alten Schuldner feſtzuhalten, da die Parteien dem Gläubiger nicht eine Verſtärkung ſeines Rechts durch Mithaftung des neuen Schuldners verſchaffen, ſondern nur eine Veränderung ſeines Rechts durch Perſonenwechſel herbeiführen wollen.[39] So lange der Gläubiger ſeine Zuſtimmung nicht ertheilt hat, können die Parteien den Vertrag rückgängig machen.[40] Verweigert der Gläubiger ſeine Genehmigung, ſo iſt der Uebernehmer verpflichtet, die verſprochene Befreiung des Schuldners auf andere Art (durch rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers) zu bewirken: die Schuldübernahme wird als Zahlungsübernahme wirkſam.[41]

Ein beſonders wichtiger und häufiger Fall des Schuldübernahmevertrages zwiſchen Schuldner und Uebernehmer iſt die Uebernahme von Hypothekarſchulden in Anrechnung auf den

Kaufpreis.[42] Die Intention der Parteien ist auch hier darauf gerichtet, daß der Käufer die durch Hypothek versicherte Schuld des Verkäufers demselben abnehme und dieselbe als persönliche Schuld[43] an Zahlungsstatt auf sich nehme. Geben die Hypothekargläubiger ihre Zustimmung,[44] so ist der Schuldübergang perfect:[45] der Käufer tritt in die persönliche Schuld des Verkäufers ein und wird dagegen im concurrirenden Betrage von seiner Kaufschuld liberirt.[46] Die Zustimmung kann vorher, gleichzeitig oder nachträglich,[47] ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Eine stillschweigende Genehmigung liegt aber weder in der bloßen Kenntnißnahme von der zwischen dem Verkäufer und dem Käufer vereinbarten Schuldübernahme, noch in der Entgegennahme einer vom Käufer (zur Vermeidung der Realexecution) geleisteten Zahlung von Zinsen oder Theilschuldbeträgen, noch in der Kündigung an denselben, noch in der Anstellung der Hypothekarklage,[48] wohl aber in der Erhebung der persönlichen Klage gegen ihn.[49] Durch Weiterveräußerung hört der Uebernehmer nicht auf, dem Hypothekargläubiger persönlich für die Schuld zu haften,[50] dafern nicht auch er wieder mit Zustimmung der Hypothekargläubiger dem neuen Käufer die Hypothekarschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis überbunden hat.

Die übernommene Schuld verbleibt bei dem neuen Schuldner in ihrer bisherigen Beschaffenheit. Ist die übernommene Schuld eine verzinsliche, so laufen die Zinsen fort.[51] Die Einreden aus der Schuld gehen auf den Uebernehmer über, mit Ausnahme derjenigen, welche sich blos auf die bestimmte Person des alten Schuldners beziehen.[52] Die Vorzugs- und Nebenrechte, welche mit der Forderung verbunden sind, dauern fort, so insbesondere das von dem ursprünglichen Schuldner bestellte Pfandrecht.[53] Bürgschaften und von Dritten bestellte Pfandrechte jedoch gehen ohne Zustimmung des Bürgen und des Verpfänders in der Regel nicht über, da dieselben zumeist mit Rücksicht auf die bestimmte Person des Schuldners und dessen ökonomische Individualität bestellt werden.[54]

Den Gläubiger kümmert das Rechtsverhältniß zwischen dem neuen und dem alten Schuldner nicht: der Uebernehmer kann

daher dem Gläubiger Einreden nicht entgegenſetzen, welche den Rechtsgrund der Schuldübernahme betreffen.[55]

II. Wenn jemand dem Schuldner verſpricht, die von demſelben geſchuldete Leiſtung an den Gläubiger zu bewirken, ſo nimmt er ihm nicht die Schuld, ſondern nur die Zahlung (Erfüllung) derſelben ab und auf ſich (Zahlungsübernahme, Erfüllungsübernahme).[56] Der Schuldner verbleibt in dem obligatoriſchen Verbande zu dem Gläubiger, der Uebernehmer iſt jedoch verpflichtet, durch rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers die Einklagung von ihm abzuwenden:[57] erfüllt er dieſe Verpflichtung nicht, ſo hat er den Schuldner ſchadlos zu halten.[58] Der Uebernehmer tritt in ein Verhältniß lediglich zum Schuldner, dem er denn auch, wenn er von ihm auf Leiſtung belangt wird, Einreden aus dem Rechtsgrunde der Zahlungsübernahme[59] entgegenſetzen kann. Der Zahlungsübernehmer befindet ſich daher in einer günſtigeren Lage als der Schuldübernehmer, der zu dem Gläubiger in ein Verhältniß tritt und denſelben die Einreden aus dem Rechtsgrunde der Schuldübernahme nicht entgegenſetzen kann: im Zweifel, ob Schuldübernahme oder Zahlungsübernahme, iſt deshalb das Letztere anzunehmen.[60] Aus der Zahlungsübernahme erlangt zunächſt nur der Schuldner einen klagbaren Anſpruch gegen den Uebernehmer auf Bewirkung der Leiſtung, den er dem Gläubiger abtreten mag.[61] Ob und unter welchen Vorausſetzungen der Gläubiger ein ſelbſtändiges unmittelbares Klagerecht gegen den Uebernehmer erhält,[62] hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob und in welchem Umfange Verträge zu Gunſten Dritter im öſterreichiſchen Rechte anerkannt ſind.[63]

Anmerkungen.

[1] Vgl. Regelsberger, das bayerische Hypothekenrecht II S. 455 fg. und in Endemann's Handbuch II, S. 532 fg.

[2] Über die Ausdrücke »Zahlung« und »Erfüllung« vgl. Unger in Grünhut's Zeitschr. XV S. 532 Anm. 3.

[3] Der Beitritt zu einer fremden Schuld als Correalschuldner kann zunächst durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden erfolgen: diesen Fall haben wohl auch die §§. 1344. 1347 vor Augen. Vgl. Unger in den dogmat. Jahrb. XXII S. 214. 282. Hasenöhrl, Obl. R. II §. 79. Ob der Beitritt auch durch einen Vertrag zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Beitretenden mit der Wirkung gemeinsamer Haftung gegenüber dem Gläubiger geschehen kann, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob und in welchem Umfange Verträge zu Gunsten Dritter im österr. Recht anerkannt sind.

[4] Vgl. den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (im Folgenden als Deutscher Entwurf angeführt) §§. 319, 497. Hauptsächlich mit diesem Fall der cumulativen Schuldübernahme beschäftigen sich die Schriftsteller des preußischen Rechts. Vgl. Förster, preuß. Privatr. I §. 102. Dernburg, preuß. Privatr. II §. 65. Vgl. auch Stobbe, deutsches Privatr. III §. 181 Nr. 5. Dernburg, Pandekt. II §. 53.

[5] In Theorie und Praxis ist die Ansicht vielfach verbreitet, daß das bürgerliche Gesetzbuch nur die directe Schuldübernahme mittelst Succession in die Schuld (Text. Nr. 2) kenne und daß es diese Art der Schuldübernahme sei, welche in den §§. 1344. 1345. 1400 fg. gemeint und geregelt sei. Vgl. Gürgens in den dogmat. Jahrb. VIII S. 239. Kirchstetter, Commentar zu §§. 1400 fg. Exner, österr. Hypothekenr. S. 229 Note 8. S. 251. 252. Insbesondere Menzel hat in einer mit Sachkenntniß und Scharfsinn geschriebenen Abhandlung (in Grünhut's Zeitschr. XI S. 581 fg. 655 fg. insbes. S. 602 fg.) diese Ansicht ausführlich zu begründen versucht; ihm schließt sich im wesentlichen Hasenöhrl, Obl. R. II §. 77 an und auch Krasnopolski (Zeitschr. f. Handelsr. XXXIV S. 584) scheint diese Auffassung zu theilen. Die Gründe, welche gegen diese

Ansicht sprechen, sind in den folgenden Anmerkungen dargelegt. In neuester Zeit wird auch in den Motiven zum Deutschen Entwurfe (II S. 142) behauptet, daß »den Bestimmungen des österr. G. B. (§§. 1345. 1400 fg.) über die »»vollständige Anweisung«« ersichtlich der Gedanke einer Sondernachfolge in die Schuld zu Grunde liege«: die Motive mißverstehen in diesem wie in so manchem anderen Punkte das österr. Recht.

[6] Gegen diese Auffassung läßt sich nicht mit Grund einwenden, daß das bürg. Gesetzb. (§§. 1376 fg.) eine Novation nur unter denselben Personen kennt: in diesen Paragraphen wird eben nur von der sog. novatio simplex gehandelt und auch manche ältere gemeinrechtliche Schriftsteller sahen in der Delegation nicht eine Unterart des genus Novation, sondern stellten Novation und Delegation als coordinirte Begriffe nebeneinander. Vgl. Unger in Grünhut's Zeitschr. XV S. 556 Anm. 3. Menzel (S. 602) will aus der systematischen Stellung der »vollständigen Anweisung« (§§. 1400 fg.) folgern, daß dieselbe »ein Seitenstück der (activen) Cession und ein Gegenstück der Novation« sei: allein es ist gewagt und bedenklich, aus der Systematik des bürg. Gesetzbuches und namentlich des dritten Theiles desselben (vgl. System I §. 24 S. 225 fg.) Schlüsse zu ziehen.

[7] In Horten's Entwurf war sowohl die Zahlungsanweisung (III 24 §§. 34 fg.) als die mit Novationswirkung verbundene Delegation und Expromission (§§. 42 fg. §. 51) umständlich und sorgfältig geregelt. Schon in Martini's Entwurf (III 16 §§. 28 fg.) und hierauf im westgal. Gesetzb. (III §§. 554 fg.) wurden jedoch Assignation und Delegation durcheinander geworfen und die Verwirrung dadurch gesteigert, daß die »vollständige Anweisung« schlechthin »Delegation« genannt wurde. Diese Terminologie ist zum Glück aus dem bürgerl. Gesetzbuche, wie es scheint in allerletzter Stunde (vgl. Menzel S. 603), verschwunden und hiermit die Möglichkeit gegeben, den Ausdruck »Delegation« passender Weise lediglich für die zu einer Novation führende »vollständige Anweisung« (§. 1407) zu gebrauchen. Vgl. Zeiller IV S. 107, der denn auch im Register zu seinem Commentar s. v. Delegation auf §. 1407 verweist. — Das Referat, welches Zeiller bei dieser Gelegenheit vortrug (Protokolle II S. 241), zeigt, wie Menzel S. 607 Note 69 mit Recht bemerkt, »von einer bedauerlichen Unklarheit über das Wesen der Anweisung, der Delegation und ihres gegenseitigen Verhältnisses«: dennoch verkünden die Protokolle, daß »man von der Gründlichkeit der Bemerkungen des Referenten so sehr überzeugt war, daß man die von ihm vorgeschlagene Textirung ohne weiters aufnahm.«

[8] »Die Delegation wird während des ganzen 17. und 18. Jahrhunderts allgemein als ein von der Novation untrennbares, ihr untergeordnetes abhängiges Rechtsgeschäft angesehen, als die bloße Übereinkunft, durch welche ein bestehendes Obligationsverhältniß in der Weise

gelöst wird, daß an der Stelle des früheren Schuldners ein Anderer seine Verbindlichkeit übernimmt.« Plucinski im civ. Arch. LX S. 354. So sagt Vost, auf den sich Zeiller in seinem verworrenen Referate (Anm. 7) beruft: Delegatio est novatio, quae fit interventu novae personae, dum quis vice sua alium reum creditori dat .... Ebenso spricht Höpfner Comment. §. 991 (dem der Wiener Heineccius §§. 1011 fg. durchaus folgt) von »der Novation, welche mit einer Delegation verknüpft ist« und führt Thibaut, Pandekt. (1805) §. 937 als »Arten der novatio privativa« die Delegation und Expromission an. Einen legislatorischen Beleg für diese ältere Auffassung gibt der Cod. Max. Bavar. IV 15 §. 5.

[9] Aus dem in §. 1344 und §. 1345 gebrauchten Ausdrucke, daß der neue Schuldner die ganze Schuld eines Anderen mit Einwilligung des Gläubigers »übernimmt«, läßt sich nicht ohne weiters folgern, daß diese »Übernahme« sich mittelst Succession in die alte Schuld vollzieht. Diese Ausdrucksweise läßt vielmehr die Frage ganz offen, in welcher Weise die Schuldübernahme vor sich geht, ob unmittelbar (durch Succession) oder mittelbar (durch Novation). Der Ausdruck »Schuldüberweisung«, »Schuldübertragung«, »Schuldübernahme« wird nun schon von älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern (z. B. Höpfner §. 991; vgl. auch Horten's Entw. III 24 §. 33) sowie auch noch in neuester Zeit für die Novation mit Schuldnerwechsel gebraucht (so z. B. im Dresd. Entwurf Art. 385 fg.; vgl. auch Schneider, das schweiz. Obl. R. S. 128 zu Art. 142 Nr. 2). Daß nun in §§. 1344. 1345 Schuldübernahme mittelst Novation gemeint sei, ergibt sich daraus, daß es in der correspondirenden Stelle in Martini's Entw. III 15 §. 67 und im westgal. Gesetzb. III §. 495. 496 ausdrücklich hieß, daß »die Verbindlichkeit verwechselt und von einem neuen Schuldner, welcher als Alleinzahler haftet, übernommen wird«. Auch Zeiller IV S. 5. 6 sagt zu §. 1345, daß hiermit »eine neue Hauptverbindlichkeit begründet wird, wodurch die vorige aufgehoben und in eine andere (subjective) Verbindlichkeit (d. h. in die Verbindlichkeit eines anderen Schuldners) umgeändert wird«. Die Schuldübernahme der §§. 1344. 1345 ist die Expromission (im weiteren Sinne, vgl. Anm. 18) des gemeinen Rechts und dieses Schlagwort findet sich denn auch im amtlichen Register zum bürg. Gesetzbuche. Bei der Expromission aber promittirt der neue Schuldner durch sein selbständiges novirendes Versprechen den alten Schuldner hinaus, während er bei der Schuldübernahme mittelst Succession in dessen objectiv fortdauerndes Schuldverhältniß hineintritt und nicht so sehr an dessen Stelle, als vielmehr in dessen Stelle tritt. Deshalb läßt sich auch aus dem in §. 1400 und §. 1401 gebrauchten Ausdrucke nicht auf Schuldübernahme mittelst Succession schließen: wird doch auch in L. 11 pr. D. de nov. et deleg. (46. 2) delegare definirt, als vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit.

[10] Daß im Fall des §. 1407 nicht Succession, sondern Novation (Delegation) vorhanden ist (wie auch Stubenrauch, Comment. 5. Aufl.

II S. 764 und Krainz, System I S. 392. 393 annehmen), ergibt sich mit Evidenz aus der Bestimmung desselben über concludente Erklärung des Liberationswillens durch Aushändigung der Schuldurkunde oder Ausstellung einer Quittung an den ursprünglichen Schuldner. Wie wäre dies im Fall einer Succession in die Schuld denkbar, da hiebei die alte Schuld in ihrem objectiven Bestande unverändert bleibt und der Gläubiger durch Rückstellung der Schuldurkunde sich des erforderlichen Beweismittels ihrer Existenz begeben, sowie durch Quittirung über die Schuld dem neuen Schuldner die Möglichkeit verschaffen würde, sich auf die Tilgung der übernommenen Schuld zu berufen! Geht man davon aus, daß in den §§. 1400 fg. die Schuldübernahme mittelst Succession gemeint sei und daß die Anweisung nur »ein Stück der Delegation« (als vermeintlicher Passivsuccession) bilde, so muß man freilich fragen (Menzel S. 606), wozu es der ausdrücklichen oder stillschweigenden Entlassung des alten Schuldners bedürfe, da ja der Gläubiger, der in die Substitution des bisherigen Schuldners durch einen succedirenden Dritten willige, diesen hiemit als »Alleinzahler« annehme? Erkennt man dagegen an, daß es sich in §. 1407 um Novation handelt, so ist der Existenzgrund und die Bedeutung dieses Paragraphs leicht einzusehen: ohne besondere Erklärung des animus novandi keine Novation, sondern Haftung des alten und des neuen Schuldners. Deshalb wird der Assignat im Falle des §. 1407 (vgl. §. 1344) zum »Alleinzahler«, während er sonst (§. 1401 fg.) »Mitzahler« ist.

[11] Wie schon die Marginalrubrik (»Assignation«) zu den §§. 1400 fg. lehrt, handelt das Gesetzbuch in diesen Paragraphen von der Anweisung zu zahlen (mandatum solvendi). Die moderne Zahlungsanweisung begreift aber zufolge einer in das Mittelalter hinaufreichenden kaufmännischen Praxis (Salpius Novation S. 8. 9. 478 fg. Plucinski im civ. Arch. LX S. 350 fg. Cohn in Endemann's Handb. III S. 1101) zugleich den concurrirenden Auftrag, sich zu verpflichten (mandatum promittendi, Promissionsanweisung, sog. Creditanweisung) in sich. Aus der vom Assignaten dem Assignatar erklärten Annahme der Zahlungsanweisung (Anweisungsaccept) entsteht wie nach gemeinem, so nach österr. Recht (vgl. §§. 1405. 1406. 1409. Zeiller IV S. 105; mißverständlich Cohn S. 1102 Note 54 und die Motive zum Deutschen Entw. II S. 559) eine neue selbständige Verpflichtung desselben und es erhebt sich nun die Frage, in welches Verhältniß diese neue Obligation des Assignaten zur Obligation des Assignanten tritt, ob sie accessorisch zu derselben hinzu oder novirend an deren Stelle tritt. In Übereinstimmung mit der gewohnheitsrechtlichen Ausbildung dieses Institutes bestimmt das bürg. Gesetzbuch, daß das Delegationsversprechen des Assignaten eine die Schuld des Assignanten tilgende Wirkung in der Regel nicht hat (§. 1406) und daß diese Wirkung nur dann eintritt, wenn der Assignatar ausdrücklich oder durch concludente Handlungen den ursprünglichen Schuldner (Assignanten) seiner Haftung entläßt. Vgl. Anm. 21. 22. Hieraus erklärt sich, daß das bürgerl. Gesetzbuch (§. 1407)

von der Delegation (als Unterart der Novation) im Zusammenhange mit der Assignation handelt: die Delegation wird als ein mögliches, wenngleich regelmäßig nicht eintretendes Ergebniß der Assignation nebenher und anhangsweise behandelt, nicht etwa (wie Menzel S. 605 meint) »die Assignation als Bestandtheil der Delegation geregelt«. Freilich aber kommt bei dieser gelegentlichen Behandlung die Delegation nicht zu ihrem vollen Rechte.

[12] Insbesondere mit der Schuldübernahme mittelst Succession (Text Nr. 2) darf die Assignation nicht identificirt werden: die gesetzlichen Bestimmungen über die »vollständige Anweisung« (§§. 1400 fg.) dürfen nicht, wie es häufig geschieht (vgl. Anm. 5) »geradezu als die rechtlichen Normen über die (directe) Schuldübernahme bezeichnet werden« (Menzel S. 602 fg.). Während bei der directen Schuldübernahme der neue Schuldner unmittelbar in die Verbindlichkeit des alten Schuldners einrückt, tritt bei der Assignation die neue Obligation des acceptirenden Assignaten zu der ursprünglichen Obligation des Assignanten accessorisch hinzu: dort ist Eine Obligation, hier sind zwei Obligationen vorhanden. Hiemit stimmt auch die Fassung des §. 1401 überein, wonach der Assignatar in der Regel »die Forderung gegen den Assignanten (d. h. die ihm gegen den Assignanten zustehende Forderung) nicht mehr stellen kann«: wäre die Assignation gleichbedeutend mit Succession in die Schuld, so hätte es bei einer auch nur halbwegs sorgfältigen Textirung vielmehr heißen müssen, daß der Assignatar die Forderung nicht mehr gegen den Assignanten (sondern nur mehr gegen den Assignaten als Successor) stellen kann.

[13] Man spricht in diesen Fällen (centum mihi dare spondes? spondeo) seit Salpius von einer reinen (abstracten, beziehungslosen) Delegation und Expromission. Wie es im heutigen Rechte neben der activen Cession noch eine reine Activdelegation gibt (vgl. Dernburg Pandekt. II §. 59 Note 9), so gibt es im heutigen Rechte neben der passiven Cession (Succession in die Schuld) noch eine reine Passivdelegation. Vgl. Anm. 14. Zu weit geht Regelsberger (in Endemann's Handb. II S. 538 und in der krit. Viertelj. XXVIII S. 379), indem er der Delegation schlechthin alle praktische Anwendbarkeit im heutigen Rechte abspricht. Vgl. dagegen auch Cohn in Endemann's Handb. III S. 1096 Note 13.

[14] Wird über die Schuld eines Dritten, in der Absicht und mit der Wirkung ihn zu befreien, ein Wechsel ausgestellt, oder wird mit gleicher Wirkung eine Anweisung acceptirt (§. 1407), so haftet der neue Schuldner nicht aus der alten Schuld, sondern aus seinem Wechselversprechen, resp. dem Anweisungsaccept. Ebenso verhält es sich, wenn jemand, um einen Dritten von seiner Delictsschuld (auf incertum) zu befreien, dem Verletzten, oder um einen vom Concurs bedrohten Schuldner zu retten, dessen Gläubigern eine bestimmte Summe verspricht: der neue Schuldner succedirt

hiemit nicht in die Verpflichtung oder in die Schulden des Liberirten, ſondern haftet aus ſeinem ſelbſtändigen Novationsverſprechen.

[15] Nach römiſchem Recht, welches eine Sondernachfolge in die Schuld nicht kennt, findet in ſolchen Fällen (centum, quae Titius ex mutuo mihi debet, mihi dare spondes? spondeo; quod vel quidquid Titius ex vendito mihi debet, mihi dare spondes? spondeo) Novation ſtatt: ſog. titulirte (bezugnehmende, relative) Delegation und Expromiſſion. Im heutigen Recht iſt, wie an die Stelle der titulirten Activdelegation die davon grundverſchiedene Ceſſion (vgl. Unger in den dogm. Jahrb. XXVI S. 399 fg.), ſo an die Stelle der titulirten Paſſivdelegation die directe Schuldübernahme (mittelſt Succeſſion) getreten. Danz (Forderungs- und Schuldüberweiſung 1886 und im civ. Arch. LXXIV S. 240 fg.), dem ſich in dieſer Beziehung Wendt Pandekt. §§. 214. 234 anſchließt, will noch im heutigen Recht Forderungs- und Schuldübertragung ſich mittelſt titulirter Activ- und Paſſivdelegation vollziehen laſſen. Da aber das heutige Recht eine Sondernachfolge in Forderung und Schuld kennt, iſt der Umweg mittelſt Novation nicht nur überflüſſig, ſondern auch dem praktiſchen Bedürfniſſe nicht entſprechend, da auf dieſe Weiſe zwar die Einreden aus der alten Obligation erhalten bleiben, aber die Nebenrechte derſelben verloren gehen. Vgl. Regelsberger in der krit. Viertelj. XXVIII S. 376 fg. insbeſ. S. 389 fg. (Danz ſucht im civ. Arch. S. 278 fg. ſeine Erklärung des Ausdrucks ‚legitime' in L. 18 D. h. t. 46. 2 aufrecht zu halten: die Einwendung, daß dann aber auch Pfandrechte und Bürgſchaften fortdauern müßten, wenn nicht ‚legitime' novirt wurde, hat er nicht beſeitigt. Gegen ſeine Interpretation ſpricht auch L. 4 C. de fidej. 8. 41, in welcher von Zinſen gar nicht die Rede iſt. Freilich kann der Delegat auch ſeine neue Schuld als verzinsliche verſprechen: dann laufen aber nicht die alten Zinſen fort, ſondern es beginnen neue Zinſen zu laufen.) Wenn im praktiſchen Leben bei Uebernahme von Schulden (insbeſondere bei Grundſtückskäufen) häufig ausgemacht wird, daß »dieſe Uebernahme ohne alle Neuerung geſchehe«, ſo erklärt ſich dies nicht »aus Furcht vor der herrſchenden Novationstheorie« (Danz im civ. Arch. S. 290 Note 38), ſondern vielmehr daraus, daß die Parteien eben die Abſicht haben, daß die alte Schuld unverändert fortbeſtehen und nur in der Perſon des Schuldners ein Wechſel vor ſich gehen ſoll: es ſoll im Uebrigen nichts geneuert werden, ſondern Alles beim Alten bleiben.

[16] Wenn jemand dem Gläubiger verſpricht, die Darlehens- oder Kaufſchillingsſchuld eines Dritten an deſſen Stelle zu bezahlen, oder an deſſen Stelle die 100 zu bezahlen, die der Dritte aus einem Darlehen oder Kaufe ſchuldet, oder zu bezahlen, was der Dritte aus einem Darlehen oder Kaufe ſchuldet, ſo iſt es nicht ſeine Abſicht, durch ſein Verſprechen eine neue Schuld zu begründen: er will vielmehr mit dem Inhalt der alten Schuld dieſe ſelbſt übernehmen und an Stelle des befreiten Schuld-

ners Darlehens- oder Kaufschillingsschuldner werden; es ist ebenso, wie wenn er geradezu erklärt hätte, die Darlehens- oder Kaufschuld zu »übernehmen«. Das Versprechen, welches in solchen Fällen gegeben wird, ist nicht ein Novationsversprechen, sondern ein Erfüllungsversprechen in Ansehung der direct übernommenen Schuld. Vgl. Anm. 33.

[17] L. 8 §. 5 D. de novat. (46. 2) ... Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat ... liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. L. 91 D. de solut. (46. 3). Vgl. Zeiller IV S. 108. Winiwarter V S. 4. Wunderlicher Weise stellt Hasenöhrl, Obl. R. II. S. 234 Note 23 S. 258 Note 1 dies für das österreichische Recht in Abrede und erklärt die Analogie des §. 1423 für unstatthaft, »da durch eine solche Zahlung (§. 1423) der Schuldner gar nicht frei wird, weil der Zahler vom Gläubiger die Abtretung seines Rechts begehren kann.« Weil also der Schuldner durch (indirecte oder directe) Uebernahme seiner Schuld in eine noch bessere Lage geräth, als durch die von einem Dritten bewirkte Zahlung derselben, deshalb sollte zwar letztere, nicht aber erstere ohne seine Zustimmung möglich sein? Uebrigens hat ja der auftraglose Schuldübernehmer unter Umständen die act. neg. gest. contraria gegen den befreiten Schuldner.

[18] Ueber die geschichtliche Herausbildung dieser engeren Bedeutung von Expromission im heutigen Recht vgl. Salpius Novation S. 17 Note 2. Im weiteren Sinne bedeutet Expromission jede Novation mit Schuldnerwechsel, sie mag mit oder ohne Zuthun des alten Schuldners erfolgen. In den römischen Quellen wird übrigens dieser Ausdruck noch in einem viel weiteren Sinne gebraucht. Vgl. Salpius S. 130. Windscheid II §. 353 Note 8.

[19] L. 1 C. de nov. (8. 42) Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, jure perfici non potest. Cf. L. 6 eod. — »Das ganze Rechtsverhältniß wird begründet durch zwei, regelmäßig durch drei Verträge, aber wesentlich durch dreifachen Consens. Die drei Verträge sind: 1. ein Auftrag zu versprechen, zwischen dem Deleganten und Delegaten; 2. ein Auftrag (oder eine bloße Ermächtigung), sich versprechen zu lassen, zwischen dem Deleganten und Delegatar; 3. das Versprechen zwischen dem Delegaten und Delegatar.« Thöl, Handelsrecht §. 334. Vgl. §. 1402: »dreifache Einwilligung« (westgal. Gesetzb. III §. 556: »dreifacher Vertrag«).

[20] L. 3 C. de nov. (8. 42) Quodsi delegatione facta jure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem voluntate novationis interposita, debito liberatus sis. L. 18 D. de fidej. (46. 1) L. 26 §. 2 D. mand. (17. 1). — Trotz der absoluten Fassung des §. 1407 ist es auch nach österr. Rechte möglich, daß der den Deleganten

freigebende Delegatar ſich den eventuellen Regreß gegen denſelben vorbehält: die Delegation findet dann auf Gefahr des Deleganten (suo periculo) ſtatt. L. 22 §. 2 L. 45 §. 7 D. mand. (17. 1) §. 2 J. eod. (3.26). Vgl. Cod. civ. a. 1276. Aus allgemeinen Grundſätzen folgt, daß der Delegant haftpflichtig iſt, wenn er die Zahlungsunfähigkeit des Delegaten doloſer Weiſe verſchweigt. Vgl. Zeiller VI S. 107. Cod. civ. a. 1276.

[21] Vgl. Horten's Entw. III 24 §§. 43. 45. Es bedarf alſo einer beſonderen (ausdrücklichen oder ſonſt erkennbaren) Manifeſtation des animus novandi, der auch bei der Delegation ſich nicht von ſelbſt verſteht: in delegatione non inest per se novatio. Ueber die gewohnheitsrechtliche Herausbildung dieſes Rechtsſatzes im Gegenſatz zum römiſchen Recht (solvit qui reum delegat; vgl. jedoch Windſcheid II §. 412 Note 17) und der älteren italieniſchen Praxis (in delegatione semper inest novatio, etiam jure novissimo) vgl. Salpius S. 6 fg. 485 fg. Plucinski S. 348 fg. 350 fg. Dies iſt auch die eigentliche Bedeutung des a. 1275 Cod. civ. (a. 1271 Cod. civ. ital.) in Verbindung mit a. 1273 (a. 1269); vgl. Demolombe, Traité des contrats V p. 220 sq. — Der Delegatar kann ſich aber auch durch die ihm von ſeinem Schuldner (Delegant) gegen den Delegaten verſchaffte neue Forderung in Anſehung ſeiner alten Forderung für befriedigt (bezahlt) erklären: in dieſem Falle führt die Delegation zur Tilgung der alten Schuld nicht durch Novation, ſondern durch Leiſtung an Zahlungsſtatt (datio in solutum) und der befreite Schuldner haftet demgemäß nach öſterr. Recht (§. 1414, vgl. Unger in Grünhut's Zeitſchr. XV S. 540 fg.) für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der von ihm an Zahlungsſtatt dem Delegatar verſchafften Forderung. Vgl. auch Windſcheid II §. 342 Nr. 1 a. E.

[22] Dies findet insbeſondere auch im Falle einer »vollſtändigen Anweiſung« (§. 1401) ſtatt: der Aſſignant bleibt ungeachtet der Acceptation der Anweiſung Schuldner und wird erſt durch die vom Aſſignaten geleiſtete Zahlung befreit (vgl. auch Cohn S. 1105. 1106.) Aſſignation iſt keine Novation (»Anweiſung iſt keine Zahlung«): dies iſt die eigentliche Bedeutung des §. 1406, der von Stubenrauch II S. 764 mißverſtanden wird, indem er (S. 762) irriger Weiſe der »vollſtändigen Anweiſung« ſchlechthin und ohneweiters Novationswirkung beilegt (vgl. dagegen auch Krainz Syſtem I S. 391 Note 43). So bemerkt ſchon Voët. Comment. ad Pand. II lib. 46 tit. 2 nr. 13 über die nostratia solvendi mandata assignationes vulgo dictas, daß aus ihnen ex notissima praxi nulla assignanti liberatio contingit, nisi quatenus ad eas solutio secuta fuerit, praeterquam si creditor nomen sibi assignatum in solutum acceperit et apocham de solutione sibi facta dederit assignanti, tanquam ab assignato accepturus, quod assignans debet: quippe quo casu delegatio plena esse intelligitur vel saltem in solutum datio, atque ideo deleganti liberationem parit. Vgl. auch Cod. Max. Bavar. IV 15 §. 7 nr. 8. §. 5 nr. 2.

Cod. civ. a. 1277 (der nicht ſo »naiv« und nichtsſagend iſt, wie die franzöſiſchen Commentatoren annehmen; vgl. Demolombe p. 194. Acollas, Manuel de droit civil II p. 900. Mourlon, Répétitions II nr. 1402 p. 737). Deutſcher Ent. §. 609. — Da im Falle der »vollſtändigen Anweiſung« eine Befreiung des Aſſignanten nicht ſtattfindet, ſo bleibt die urſprüngliche Forderung des Aſſignatars gegen ihn beſtehen, was wegen der Nebenrechte derſelben (Bürgſchaft, Pfandrecht) praktiſch wichtig iſt: die Haftung nach §. 1406 iſt die Haftung aus der alten Schuld, nicht eine neue und ſelbſtändige Regreßpflicht, wie Menzel S. 605 und Hafenöhrl II S. 244 Note 60 meinen (vgl. dagegen auch Krainz I S. 391 zu Note 42). Es ergibt ſich dies übrigens ſchon aus der Faſſung des §. 1401: kann die Forderung, welche »in der Regel« gegen den Aſſignanten nicht mehr geſtellt werden kann, nur die urſprüngliche ſein, ſo muß ſie dies auch dann ſein, wenn ſie gegen die Regel geſtellt werden kann.

[23] Der Gläubiger kann in der Regel nach freiem Belieben den einen oder den anderen der beiden (getrennt in solidum haftenden) Schuldner in Anſpruch nehmen. Eine Ausnahme findet im Falle der vollſtändigen Anweiſung ſtatt, indem die urſprüngliche Forderung gegen den Aſſignanten in die zweite Linie rückt und erſt dann gegen ihn geſtellt werden kann, wenn der Aſſignat nicht zur gehörigen Zeit Zahlung leiſtet und dem Aſſignatar in der Beitreibung der Schuld des Aſſignaten kein Verſehen zur Laſt fällt; §. 1406. Iſt übrigens die herrſchende (von Krainz I S. 391. 392 beſtrittene) Auslegung des §. 1406 richtig, wonach der Aſſignatar ſich erſt dann an den Aſſignanten halten kann, wenn er den Aſſignaten erfolglos ausgeklagt hat, ſo liegt in dieſem Paragraph auch ein Argument gegen die Auffaſſung der Aſſignation als Succeſſion in die Schuld: wenn der Aſſignant für die »Richtigkeit« der Schuld des Aſſignaten haften muß, ſo ſetzt dies eine eigene neue Schuld desſelben voraus, da doch der Aſſignant nicht für die »Richtigkeit« der Schuld haften kann, in welche der Aſſignat eingetreten ſein ſoll, indem er hiemit für die »Richtigkeit« ſeiner eigenen Schuld haften müßte.

[24] Vgl. Zeiller IV S. 108. Iſt der Delegant nur vermeintlicher Schuldner des Delegatars, ſo hat er gegen denſelben die condictio indebiti, da dieſer durch die Forderung gegen den Delegaten auf Koſten des Deleganten bereichert iſt. L. 1 §. 11 D. quar. rer. act. (44. 5) L. 8 §. 3 D. ad Sc. Vellej (16. 1). Dieſe Stellen ſind zugleich ein Beleg dafür, daß das römiſche Recht reine Delegationen gekannt hat, da im Falle einer titulirten Delegation der Delegat die dem libertus, reſpective der Frau zuſtehende exceptio hätte haben müſſen. Vgl. Regelsberger in der krit. Vierteljſ. XXVIII S. 382. 383. L. 8 §. 4 D. ad Sc. Vellej. (16. 1) erklärt ſich in ähnlicher Weiſe wie L. 7 §. 1 D. de dol. mal. 44. 4 (Anm. 28): es wird ein Umweg erſpart, da ſonſt der Delegat gegen die Frau die actio mandati contraria und dieſe gegen den Delegatar die condictio indebiti hätte.

Dasſelbe muß m. E. auch in dem Falle gegolten haben, wenn der Delegat nicht Schuldner des Libertus war. (Danz im civ. Arch. LXXIV S. 268 will jetzt in L. 1 §. 11 cit. eine Activdelegation unterſtellen: ſchon die Verbindung des §. 11 mit §. 10 durch item weiſt aber darauf hin, daß es ſich in beiden Stellen um dieſelbe Art der Delegation, nämlich um Paſſivdelegation handelt, und beide Fälle unterſcheiden ſich nur darin, daß in dem einen Fall der Patronus, in dem anderen Fall der Libertus der Delegant iſt. Ueberdies konnte ja in §. 11 gar nicht der Ausdruck »creditori« gebraucht werden, worin Danz das Kriterium der Paſſivdelegation erblicken will, da es ſich eben nur um den Patronus als Creditor handelt.)

[25] Der auftragloſe Expromittent, der eine Schuld ſeines Gläubigers übernommen hat, wird hiedurch von ſeiner Schuld an denſelben nicht befreit; er erwirbt jedoch unter Umſtänden die actio negot. gestor. contraria gegen ihn und kann ſich dieſer Gegenforderung zur Compenſation benützen. Vgl. Unger in Grünhut's Zeitſchr. XV S. 535 Anm. 27.

[26] Daß der Delegat Schuldner des Deleganten iſt, iſt häufig aber nicht nothwendig der Fall: der Delegat kann die Abſicht haben, dem Deleganten zu ſchenken (L. 21 pr. L. 33 D. de donat. 39. 5) oder zu creditiren (L. 19 §. 3 D. de inst. act. 14. 3) oder nur gegen Schadloshaltung zu expromittiren (»in Vorſchuß zu gehen«), in welchem Falle der Delegant mittelſt actio mandati contraria (ſog. Revalirungsklage) regreßpflichtig iſt (L. 5 C. de nov. 8. 42 cf. L. 12 §§. 5. 6. L. 45 §. 4 D. mand. 17. 1); vgl. §§. 1014. 1409. — In Horten's Entwurf wird Delegation auf Schuld (III 24 §§. 42 fg.) und Delegation »auf Freundſchaft« (§. 50) unterſchieden.

[27] In dieſem Falle findet eine doppelte Novation ſtatt, indem der Delegat von ſeiner Schuld gegen den Deleganten und dieſer von ſeiner Schuld gegen den Delegatar befreit wird: der Delegatar erhält einen neuen Schuldner und der Delegat einen neuen Gläubiger. Vgl. Plucinski S. 334 fg. 349. Horten's Entwurf III 24 §. 42. — Iſt der Delegat nur vermeintlicher Schuldner des Deleganten, ſo hat er gegen denſelben die condictio indebiti, da er ihn durch Befreiung von deſſen Schuld auf ſeine Koſten bereichert hat. L. 2 C. de cond. indeb. (4. 5). Si citra nllam transactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es., adversus eam, quae te delegavit, condictionem habere potes. L. 12 D. de nov. (46. 2) . . . Sed si per ignorantiam promisit creditori, nulla qnidem exceptione adversus creditorem nti poterit, quia ille suum recepit; sed is, qui delegavit, tenetur condictione vel incerti, si non pecunia solnta esset, vel certi, si solnta esset . . . L. 13 eod. Si non debitorem qnasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locnm non habebit, sed condictio adversns eum, qui delegavit, competit. L. 1 §. 10 D. quar. rer.

act. (44. 5). L. 9 §. 1 D. de cond. caus. dat. (12. 4). L. 78 §. 5 D. de J. D. (23. 3). Vgl. Erxleben, die condictio indebiti S. 156 fg. In Horten's Entwurf III 24 §. 49 war dies ausdrücklich gesagt.

[28] L. 12. 13. D. cit. (Anm. 27). L. 19 D. eod. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus. (Diese Stellen beziehen sich, wie Danz in den dogm. Jahrb. XIX. Nr. 3 S. 110 fg. nachgewiesen hat, auf die Passivdelegation.) Vgl. auch Horten's Entw. III. 24 §. 48. Aus Gründen der Billigkeit und praktischen Zweckmäßigkeit (humanitatis gratia) wird jedoch dem Delegaten die exceptio doli gegen den Delegatar gegeben, wenn er als vermeintlicher Schuldner des Delegaten promittirt hat und dieser selbst nur vermeintlicher Schuldner des Delegatars ist: es wird hiedurch ein Umweg erspart, da sonst der Delegat gegen den Delegauten und dieser gegen den Delegatar die condictio indebiti anstellen müßte. L. 7 §. 1 D. de dol. mal. (44. 4) L. 2 §. 4 D. de donat. (39. 5). Erxleben S. 162 fg. Salpius S. 122. Windscheid II §. 355 Note 13. Regelsberger in der krit. Vierteljschr. XXVIII S. 386. Aus den gleichen Gründen wird dies wohl auch nach österr. Rechte gelten.

[29] L. 18. D. de nov. et deleg. (46. 2). Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt. L. 30 eod. L. 4 C. de fidej. (8. 41). Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse, non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt.

[30] Seit der bahnbrechenden Schrift von Delbrück, die Übernahme fremder Schulden 1853 (vgl. dazu Windscheid in der krit. Ueberschau I S. 27 fg.), welche jedoch nur auf cumulative Schuldübernahme hinauskommt, hat die Successionstheorie, für welche ich mich bereits im System I §. 74 Note 17. und in den dogmat. Jahrb. X S. 89. 90 ausgesprochen habe, immer mehr Anklang und Anhang gefunden. Vgl. Windscheid, die Actio S. 202 fg. Pandekt II §. 338 fg. Gürgens in den dogmat. Jahrb. VIII Nr. 8. Regelsberger in den Anm. 1 angef. Abhandlungen, ferner im civ. Archiv. LXVII S. 24 fg. und in der krit. Viertelj. XXVIII S. 394 fg. Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie §. 65. Arndts Pandekt. §. 254 a. E. Rudorff in der 10. Aufl. von Puchta's Pandekt. §. 285a. Wächter Pandekt. II S. 415. 416. Baron Pandekt. §. 254 Nr. IV. Bähr allerdings hält nach wie vor die Sondernachfolge in die Schuld für einen »juristisch unmöglichen Gedanken« (krit. Viertelj. XXX S. 369): was hat man nicht alles schon für »juristisch unmöglich« erklärt! Kuntze (die Obligationen im römischen und heutigen Recht S. 206 fg. 212 fg.) geht in Bezug auf die Singularsuccession in Obligationen bekanntlich seine eigenen Wege. Der Deutsche Entwurf §§. 314 . . . 318 hat (gleich dem bayer. Entw. II Art. 159 fg.) die Schuldübernahme mittelst Succession aufgenommen und ver-

dient dafür Anerkennung. Vgl. auch Gierke in Schmoller's Jahrb. XIII S. 200 fg. Der Deutsche Entwurf geht jedoch m. E. zu weit, indem er die Schuldübernahme mittelst Novation gänzlich ignorirt und dieselbe durchwegs durch die Schuldübernahme mittelst Succession ersetzen will (Motive II S. 143): es gibt auch noch im heutigen Rechte Fälle der Schuldübernahme, in welchen die Annahme einer Succession in die Schuld gänzlich ausgeschlossen ist. Vgl. Anm. 13. 14. In ähnlicher Weise beseitigt der Deutsche Entwurf §. 264 die novatio simplex und will dieselbe (wahrscheinlich einer Anregung Windscheid's Pand. II §. 353 Note 2 a. E. folgend) durch die in solutum datio (promissio) ersetzen. Wie verträgt sich hiemit aber die Vorschrift des §. 664, wonach das auf Grund von Wette oder Spiel »Geleistete« nicht zurückgefordert, dennoch aber das über eine Wett- oder Spielschuld ertheilte Schuldversprechen angefochten werden kann? (Diese Frage streift gelegentlich auch Bekker, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Entwurfs, Heft 2 S. 35.) Und was ist Rechtens, wenn über einen verjährten Anspruch ein Schuldversprechen ertheilt wird? Kommt dann §. 264 in Verbindung mit §. 182, oder kommt §. 664 analog zur Anwendung? Kann also das Schuldversprechen angefochten werden oder nicht? Die Motive I S. 343 lassen diese Frage »auf sich beruhen«. Vgl. darüber Unger in Grünhut's Zeitschr. XV S. 373 fg.

[31] Sondernachfolge in die Schuld wird denn auch in der österreichischen Theorie und Praxis anerkannt und angenommen (Vgl. Anm. 5. 49. 53), freilich aber aus Mißverständniß der §§. 1344. 1345. 1400 fg. Dieses Mißverständniß hat jedoch gute Folgen gehabt, da ohne jenen vermeintlichen gesetzlichen Anhaltspunkt die österreichische Jurisprudenz wohl ebensowenig den Muth gefunden hätte, eine Singularsuccession in die Schuld anzuerkennen, wie bis auf den heutigen Tag die französische Jurisprudenz (vgl. Demolombe V p. 222. 223).

[32] Der Schuldübernahmevertrag (Schuldsuccessionsvertrag) ist zwar kein obligatorischer Vertrag, da nicht eine neue Verpflichtung begründet wird, wohl aber ein obligationenrechtlicher Vertrag: der Gläubiger überträgt die Schuld von dem Einen auf den Andern und dieser übernimmt sie. Man kann einen solchen Vertrag immerhin einen Veräußerungsvertrag nennen, da sich der Gläubiger seiner Forderung in der Richtung gegen den bisherigen Schuldner entäußert, indem er denselben aus der Haftung entläßt. Aber es ist verkehrt, diesen Vertrag einen »dinglichen« zu nennen, wie dies die Motive zum Deutschen Entwurfe (II S. 143) thun, da dieser Ausdruck nur auf jene Verträge paßt, welche einen sachenrechtlichen Inhalt haben. Vgl. dagegen auch Bähr S. 365 Note 1. Gierke S. 187 Note 1.

[33] Vgl. Anm. 16. Wenn jemand, um einen vom Concurs bedrohten Schuldner von dessen Gläubigern zu befreien, diesen die Bezahlung der Schulden desselben verspricht, so übernimmt er hiemit dieselben und succedirt in sie. Ebenso verhält es sich, wenn jemand dem Gläubiger die Dar-

lehensschuld eines Andern an dessen Stelle zu bezahlen verspricht. Die in das Spruchrepertorium Nr. 9 eingetragene Entscheidung (Samml. X Nr. 4667) scheint mir daher nach allen Richtungen hin verfehlt zu sein (vgl. dagegen auch Menzel S. 607. 608). In dem gegebenen Falle hatte die Mutter eines minderjährigen Darlehensschuldners einen bestimmten Theilbetrag der Schuld übernommen und sich verpflichtet, denselben in vierteljährigen Raten zu bezahlen. Hier lag eine Schuldübernahme mittelst Succession, nicht mittelst Novation vor: die Mutter wollte nicht eine neue selbständige Schuld begründen, sondern dem Sohne einen Theil seiner Schuld abnehmen und auf sich nehmen; das beigefügte Zahlungsversprechen war nicht ein Novationsversprechen, sondern ein Versprechen der ratenweisen Erfüllung der übernommenen Schuld. Wollte man aber hierin dennoch eine Schuldübernahme mittelst Novation erkennen, so war die Expromission doch jedenfalls eine titulirte (centum, quae Titius mihi ex mutuo debet, dare spondes? spondeo) und in einem solchen Falle bestehen die Einreden aus der novirten Schuld fort (im gegebenen Falle Minderjährigkeit und non numerata pecunia), da in einem Versprechen dieser Art auch nicht eine bindende Anerkennung der übernommenen Schuld liegt (vgl. Windscheid II §. 354 Nr. 1).

[34] Es gibt sonach im heutigen Rechte eine Anweisung nicht nur zu zahlen und zu promittiren, sondern auch zu succediren (zur Uebernahme einer Schuld).

[35] Ist der Schuldübernehmer nur vermeintlicher Schuldner, so hat er gegen den auf seine Kosten befreiten und hiedurch bereicherten Schuldner die condictio indebiti auf Liberirung von der übernommenen Schuld, respective auf Rückerstattung des Gezahlten.

[36] Der Ersteher der Liegenschaft übernimmt statt der entsprechenden Baarzahlung des Meistgebots als persönliche Schuld die Hypothekarschuld des befreiten Executen, die auf der Realität »liegen bleibt«. Vgl. Gürgens S. 267 fg., der sich jedoch unnöthige Schwierigkeiten schafft, indem er einen Schuldübernahmevertrag nur als Uebereinkunft zwischen Schuldner und Uebernehmer, nicht auch zwischen Gläubiger und Uebernehmer annimmt, und daher in jenem Vorgang eine »Irregularität«, eine »rechtliche Singularität« erblickt.

[37] Die Absicht der Parteien ist auf privative, nicht auf cumulative Schuldübernahme gerichtet: es soll nicht das Recht des Gläubigers verstärkt, sondern der alte Schuldner durch Personenwechsel befreit werden. Vgl. Windscheid, krit. Uebersch. I S. 39, die Actio S. 213. 214. Dieser Intention der Parteien werden jene Gesetzgebungen nicht gerecht, welche, wie das Sächs. Gesetzb. §§. 432. 1402 fg., die Schuldübernahme nur als cumulative kennen und behandeln.

[38] So wie die Cession oder Novation einer fremden Forderung ohne Zustimmung des Gläubigers ungiltig ist (L. 8 §. 5. L. 20 pr. D. de nov.

46. 2) und durch seine Genehmigung giltig wird (vgl. auch L. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1. L. 3 C. de R. V. 3. 32), ebenso ist die Abtretung einer Schuld ohne Zustimmung des Gläubigers, in dessen Vermögenssphäre sie einen Eingriff enthält, ungiltig, und wird durch dessen Gutheißung giltig. Dies ist in der That »die einfachste und natürlichste« Construction, die von vielen Schriftstellern (vgl. Windscheid §. 338 Note 6) angenommen und gegen die Einwendungen Menzel's (S. 592 fg.) von Regelsberger (in der krit. Viertelj. XXVIII S. 396. 397) mit guten Gründen vertheidigt wird. Diese Construction hat auch der Deutsche Entwurf §. 315 (Motive II S. 144) adoptirt und verdient daher den Tadel nicht, welchen Gierke S. 202 ausspricht, der auf die Verträge zu Gunsten Dritter recurriren will (vgl. hierüber Windscheid II §. 316 Note 15. §. 316 a Note 11. §. 338 Note 6). Dagegen erscheinen mir die von Gierke S. 201 erhobenen Einwendungen gegen die im Entwurf (§. 315 und in den Motiven S. 144. 145) vorgenommene Zerspaltung des einheitlichen Rechtsgeschäfts wohl begründet zu sein: die Schuldabtretung ist nicht blos in ihrer »Wirksamkeit für und gegen den Gläubiger« (§. 315), sondern in ihrer Giltigkeit nach allen Seiten hin durch die Genehmigung des Gläubigers bedingt und der Schuldübergang bis dahin in der Schwebe. Die Motive (II S. 145) sprechen doch selbst von der »Convalescenz« der Schuldübernahme durch die Genehmigung des Gläubigers: Convalescenz aber setzt Ungiltigkeit voraus.

[39] Vgl. Regelsberger im Handb. II S. 538 und im civ. Arch. LXVII S. 30. Vgl. auch Motive zum Deutschen Entw. II S. 145.

[40] Vgl. Windscheid in der krit. Ueberſch. I S. 45. 46. Pandekt II §. 338 Note 9. Gürgens S. 295. 296. Vgl. auch System II S. 157. 158. Auf dasselbe Resultat kommt auch der Deutsche Entwurf §. 315 Abs. 1 in Verbindung mit der Vorschrift des §. 348 Abs. 2 hinaus (vgl. Motive II S. 145), die an sich freilich nicht zu billigen ist (vgl. dagegen auch Laband im civ. Arch. LXXIV S. 8. 9). Dieses Resultat ergibt sich übrigens auch schon aus der in Anm. 38 gerügten Bestimmung des Entw. §. 315 Abs. 1, wonach die Schuldübernahme nur zu ihrer »Wirksamkeit für und gegen den Gläubiger« dessen Genehmigung bedarf: in Ermangelung derselben bleibt daher die Schuldübernahme zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer wirksam (Motive II S. 145) und Letzterer ist deshalb dem Schuldner gegenüber verpflichtet, die übernommene Schuld zu bezahlen. Um so sonderbarer und überflüssiger erscheint dann aber die Bestimmung des §. 318 Abs. 2 Satz 2. Vgl. Anm. 57.

[41] Ein anderer Fall dieser Art ist die Uebernahme von Erbschaftsschulden durch einen der Miterben. Vgl. Gürgens S. 237. Samml. XV Nr. 6599.

[42] Vgl. Regelsberger, bayer. Hypothekenrecht II S. 459 fg. und im civ. Arch. LXVII S. 24 fg. Menzel S. 655 fg. Eine ganz andere

Auffassung dieser Abmachung geht dahin, daß dieselbe nur eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Ueberweisung des Anspruchs des in der Haftung verbleibenden Verkäufers auf den Kaufschillingsrest an die Hypothekargläubiger zur Folge habe, welche sich auf diesem Wege für ihre Forderung an den Verkäufer bezahlt machen sollen. Diese Construction, welche vorlängst von österr. Schriftstellern aufgestellt wurde (Schuster, zwei Abhandlungen 1830 S. 99 fg. Kopetzky in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I S. 338 fg.) und insbesondere von Bähr beharrlich (zuletzt in der krit. Viertelj. XXX S. 364 fg.) festgehalten wird, entspricht nicht der auf Befreiung des Verkäufers durch Substituirung des Käufers gerichteten Absicht der Parteien und führt zu unbefriedigenden Resultaten. Vgl. dagegen die Ausführungen von Regelsberger im civ. Arch. S. 28 fg. und Menzel S. 590 fg. 670 fg. insbes. Note 106. — Das im Text Folgende gilt im wesentlichen auch für den Fall, daß jemandem ein Grundstück schenkungsweise übertragen und ihm hiebei die Uebernahme der Hypothekarschulden auferlegt wird: ohne solche Abmachung findet nur Realhaftung (vgl. Exner, Hypothek. S. 229 Note 8), im Falle derselben persönliche Haftung des Beschenkten statt.

[43] Ganz verfehlt ist die Auffassung, wonach in einer solchen Vertragsberedung nicht die Uebernahme einer persönlichen Haftung, sondern nur der Ausdruck der selbstverständlichen Verpflichtung zur dinglichen Haftung für die auf der Realität haftenden Lasten (§. 443) liegen soll. Diese Auffassung, welche sich in einigen oberstrichterlichen Entscheidungen findet (vgl. Schey's Ausgabe des a. b. G. B. zu §. 1400 Nr. 2), steht mit den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung in Widerspruch und führt zu unerträglichen Resultaten. Hienach würde der Käufer eines Hauses, der die Hypothekarschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, diesen Theil des Kaufschillings lucriren, wenn dasselbe abbrennt oder wenn bei einer executiven Veräußerung desselben einige Hypothekargläubiger leer ausgehen! Vgl. auch Regelsberger, bayer. Hypoth. II S. 459. Schuster S. 116. 117 und insbes. Menzel S. 657 fg.

[44] Vor Ertheilung der Genehmigung und nach Verweigerung derselben ist die Schuldübernahme als Zahlungsübernahme wirksam. Wird also der Verkäufer von den Gläubigern in Anspruch genommen und zur Zahlung genöthigt, so hat er ein Regreßrecht gegen den Käufer. Vgl. Menzel S. 661. 662. Unrichtig ist die auf Grund der Anm. 43 erwähnten Auffassung getroffene Entscheidung in der Samml. XI Nr. 5018.

[45] Ist der Schuldübergang durch Zustimmung des Gläubigers perfect geworden, so kann er ohne seinen Willen durch vertragsmäßige Aufhebung des Kaufgeschäfts nicht wieder rückgängig gemacht werden. Vgl. Regelsberger im civ. Arch. S. 38. 39.

[46] Stellt sich heraus, daß die übernommene Schuld nicht zu Recht bestanden hat, so hat der Verkäufer gegen den Käufer die actio venditi auf den Kaufschillingsrest oder die condictio sine causa wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Vgl. Gürgens S. 296. 297. Regelsberger im civ. Arch. S. 34. Das Gleiche gilt, wenn die übernommene Hypothekarschuld aus dem Vermögen des Verkäufers getilgt wird. Samml. XVI Nr. 7187. Vgl. Menzel S. 665.

[47] In legislativer Beziehung erscheint es empfehlenswerth, für die schleunige Beendigung des Schwebezustandes zu sorgen und hiebei wohl auch die Befreiung des Verkäufers zu begünstigen: dies verkennen, wie Gierke S. 203 mit Recht bemerkt, die Motive (II S. 148 fg.) zum Deutschen Entwurfe.

[48] Hier zeigt sich die Wichtigkeit einer richtigen Formulirung des Petits der Hypothekarklage. System I S. 517 Note 25. S. 533 Note 88. Exner, Hypothekenr. S. 236 fg.

[49] In einer Reihe oberstrichterlicher Entscheidungen (in Schey's Ausgabe des a. b. G. B. zu §. 1402 Nr. 4) ist, unter steter Berufung auf §§. 1401 fg., also in Folge unrichtiger Identificirung von Assignation und Schuldübernahme, anerkannt, daß der Gläubiger die persönliche Klage gegen den Schuldübernehmer, insbesondere gegen den Käufer, welcher die Hypothekarschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis (»zur Selbstzahlung«, »zur Alleinzahlung«) übernommen hat, anstellen kann und daß hiedurch die Schuldübernahme mittelst Succession perfect wird.

[50] Vgl. Regelsberger, bayer. Hypothekenr. II S. 461. Eine singuläre Bestimmung von zweifelhafter Richtigkeit enthält das Sächs. G. B. §. 432 in Vergleichung mit §. 1407.

[51] Auf Kenntniß des Uebernehmers von der Verzinslichkeit der Schuld kommt es hiebei nicht an. Vgl. Menzel S. 679 (gegen Gürgens S. 290. 291). Ob der Uebernehmer auch für die rückständigen Zinsen zu haften hat, ist quaestio facti, welche im Zweifel zu verneinen ist (vgl. auch Gürgens S. 290. Regelsberger im Handb. II S. 537); dafür spricht auch die Analogie, daß bei Abtretung verzinslicher Forderungen der Anspruch auf die rückständigen Zinsen im Zweifel nicht als mitabgetreten gilt (vgl. Windscheid II §. 332 Note 8).

[52] Die sog. exceptiones rei cohaerentes gehen über, dagegen nicht die sog. exceptiones personae cohaerentes. L. 7 pr. D. de except (44. 1). Gürgens S. 299 fg. Mit Gegenforderungen des alten Schuldners kann der Uebernehmer in der Regel nicht compensiren. Vgl. Regelsberger im Handb. II S. 537. Unger in Grünhut's Zeitschr. XV S. 549 Anm. 19. Deutscher Entw. §. 316 Satz 1. 2.

[53] Samml. XV Nr. 6599: »Die Hypothek ist durch Assignation (Schuldübernahme) nicht erloschen, weil die Assignation (Schuldübernahme) wohl eine Veränderung in der Person des Personalschuldners, keineswegs aber eine Tilgung der Schuld bewirkt und daher das dem Assignatar (Gläubiger) zustehende accessorische Pfandrecht, wenn er hierauf nicht ausdrücklich verzichtet hat, unberührt bleibt.«

[54] Darüber herrscht Uebereinstimmung (vgl. Gürgens S. 289 fg. Windscheid II §. 339. Regelsberger im Handbuch II S. 537. 538. Wächter, Pandekt. II S. 416. Menzel S. 679); nur Hasenöhrl II S. 245 Note 66 ist aus Gründen formaler Logik a. A. Daß dagegen Bürgschaft und von Dritten bestellte Pfandrechte im Falle der Universalsuccession fortdauern, erklärt sich daraus, daß der Erbe nicht blos in die rechtliche, sondern auch in die ökonomische Stellung des Erblassers einrückt.

[55] Insbesondere kann der Uebernehmer dem Gläubiger nicht Einreden aus dem Rechtsgeschäfte entgegensetzen, dessen Bestandtheil die Schuldübernahme bildet, also im Falle der Uebernahme von Hypothekarschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis nicht Einreden aus dem Kaufgeschäfte. Regelsberger im Handb. II. S. 536 und im eiv. Arch. S. 38 will hiebei zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterscheiden: allein da der Unterschied zwischen diesen beiden Kategorien der Ungiltigkeit nicht feststeht und es überdies auch eine relative Nichtigkeit gibt, so verdient diese Ansicht doch wohl keine Beistimmung. Vgl. dagegen auch Gürgens S. 283 fg. Menzel S. 678 Note 125. Der Uebernehmer kann sich eben in allen Fällen nur an den auf seine Kosten befreiten Schuldner halten. Vgl. Anm. 35. Dagegen kann der Uebernehmer immerhin seine oder des alten Schuldners Handlungsunfähigkeit zur Zeit der Abschließung des Kaufvertrages dem Gläubiger gegenüber geltend machen, da er hiemit nicht auf die Causa der Schuldübernahme recurrirt, sondern diese selbst bestreitet. Vgl. Gürgens S. 285 Note 8. S. 287. Menzel S. 676. 677. — Vgl. Deutscher Entw. §. 315 Satz 3, in welchem jedoch die Worte: »zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner vereinbarter« gestrichen werden sollten, da das Gleiche im Falle einer zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger vereinbarten Schuldübernahme (§. 314) gelten muß.

[56] L. 38 §§. 22. 23 D. de V. O. (45. 1). §. 20 J. de inut. stip. (3. 19). Vgl. Unger in den dogm. Jahrb. X S. 87 fg. Regelsberger in der Zeitschr. f. Handelsr. XIV S. 27 fg. Bruns S. 65 a. E. Windscheid II §. 338 g. E. Was Hasenöhrl, Obl. R. II §. 78 Zahlungsübernahme nennt und unter dieser Bezeichnung darstellt, ist vielmehr cumulative Schuldübernahme mittelst eines zwischen Schuldner und Uebernehmer geschlossenen zu Gunsten des Gläubigers wirkenden Vertrags. Vgl. Anm. 3.

[57] Deutſcher Entw. §. 318 Abſ. 1: »Verpflichtet ein Dritter ſich dem Schuldner, die Leiſtung an den Gläubiger zu bewirken (Erfüllungsübernahme), ſo haftet er nur dafür, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anſpruch nehme; er iſt nicht verpflichtet, die ſofortige Befreiung des Schuldners zu bewirken.« Dieſer letztere Zuſatz (vgl. auch §. 495) ſcheint mir nicht nur überflüſſig, ſondern auch irrig und irreführend zu ſein. Der Unterſchied zwiſchen Schuldübernahme und Zahlungsübernahme beſteht nicht, wie die Motive (II S. 148. 150. 361) ausführen, in dem Zeitpunkt (»Sofortigkeit«), ſondern in dem Modus der Befreiung des Schuldners: bei der Schuldübernahme findet ſog. Exneruation, Befreiung des bisherigen Schuldners durch Entlaſſung aus dem Schuldverbande ſtatt, bei der Zahlungsübernahme verbleibt der Schuldner im obligatoriſchen Nexus und ſoll mittelſt Befriedigung des Gläubigers durch den Uebernehmer befreit werden: dort Befreiung durch Subſtitution, hier Liberirung durch Zahlung. Eine »ſofortige Befreiung« kann auch im Falle der Zahlungsübernahme ſtattfinden müſſen, wenn nämlich die Schuld zur Zeit der Zahlungsübernahme fällig iſt und eine Inanſpruchnahme des Schuldners unmittelbar bevorſtehend iſt.

[58] Ueber den Umfang der Regreßpflicht des Uebernehmers vgl. Dernburg, preuß. Privatr. II §. 65 Note 2. Menzel S. 662.

[59] Die Cauſa der Zahlungsübernahme kann ſo verſchiedenartig ſein, wie die Cauſa der Schuldübernahme; dies verkennt Menzel S. 656.

[60] L. 9 D. de R. J. (50. 17) Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. L. 192 §. 1 eod. Windſcheid, die Actio S. 211. Regelsberger im Handb. II S. 538. Deutſcher Entw. §. 318 Abſ. 1 Satz 2.

[61] L. 72 pr. D. de J. D. (23. 3). L. 28 D. de donat. (39. 5). L. 22 C. de donat. (8. 53). L. 26 C. de pact. (2. 3).

[62] Vgl. Unger S. 88. Dresden. Entw. Art. 213 fg. Motive zum Deutſchen Entw. II S. 148.

[63] Die Erörterung dieſer Frage findet an einer anderen Stelle des Syſtems ſtatt.

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 001 940